

Merely Words.

Apuntes para una defensa del escepticismo extremo

Luca Malagoli^{*}

“E tuttavia nessuna cosa è sacra in virtù di sé stessa,
ma invece perché io la *dichiaro sacra*,
cioè in virtù della mia sentenza, del mio giudizio, delle mie
genuflessioni, insomma della mia- coscienza”.
Max Stirner, *L'unico e la sua proprietà*, (1844),
trad.it. Adelphi, 1999, p. 80

“For, after all, rules are merely words and those words can
get into action only through decisions”.
Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*,
(1930), 2009, p. 135

Resumen

Este artículo pretende desarrollar, con base en algunas tesis recientemente formuladas por Pierluigi Chiassoni, una defensa del (así llamado) “escepticismo extremo”. En particular, mostraré como, reconstruidas por medio de las tesis de Chiassoni, las posturas de autores centrales de la tradición realista americana como Gray, Cohen, Llewellyn y Frank son capaces de refutar algunas de las críticas recurrentes al escepticismo interpretativo, como su (supuesta) incapacidad de dar cuenta de la existencia de interpretaciones estables y compartidas en la comunidad jurídica. En efecto, lejos de ser una postura caracterizada por una indefendible irracionalidad,

* Istituto Tarelli per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, luca.malagoli@unige.it. Quisiera agradecer a Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini y Giovanni Battista Ratti por haber leído un primer borrador de este trabajo y por sus muy valiosos comentarios. Quisiera además agradecer a Consuelo Reyes Crisóstomo, Natalia Scavuzzo y Julieta Rabanos por las atentas revisiones y las muy útiles sugerencias lingüísticas. Una primera versión de este trabajo ha sido presentada en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en un seminario que tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2024. Quisiera agradecer a José Juan Moreso por la amable invitación, y a quienes participaron en el seminario (especialmente, al propio Moreso, Diego Papayannis, Lorena Ramírez Ludeña, Alberto Carrió y a los doctorandos y doctorandas del grupo de investigación en Filosofía del Derecho) por la muy interesante y provechosa discusión.

el “escepticismo extremo” puede aportar contribuciones significativas a la literatura contemporánea sobre interpretación jurídica.

Palabras claves: Escepticismo interpretativo. Realismo jurídico americano. Teoría de la interpretación jurídica. Discrecionalidad judicial.

Abstract

This paper aims to develop, based on some theses recently formulated by Pierluigi Chiassoni, a defense of (so-called) “extreme skepticism”. In particular, I will highlight how, reconstructed through Chiassoni’s theses, the positions of central authors of the American realist tradition such as Gray, Cohen, Llewellyn and Frank are capable of refuting some of the recurring criticisms of interpretive skepticism, such as its (alleged) inability to account for the existence of stable and shared interpretations in the legal community. Indeed, far from being a position characterized by indefensible irrationality, “extreme skepticism” can make significant contributions to the contemporary literature on legal interpretation.

Keywords: Legal Skepticism. American Legal Realism. Theory of Legal Interpretation. Judicial Discretion.

Introducción

A partir por lo menos de su celebre asimilación a una desasosegante pesadilla¹, el escepticismo interpretativo sigue teniendo bastante mala prensa en varias corrientes de la literatura teórica sobre interpretación jurídica. No es infrecuente, de hecho, encontrar autorizadas reconstrucciones que describen la postura escéptica como plagada por un indefendible radicalismo, que se manifestaría, típicamente, en la flagrante incapacidad de dar cuenta de fenómenos manifiestos como la concordancia entre los intérpretes, llegando incluso hasta el resultado paradójico de negar la posibilidad de cualquier comunicación².

En otros casos, dicha postura es descartada- rápidamente y sin ceremonia- como «totalmente irrazonable»³. De hecho, incluso algunos de sus más destacados e influyentes defensores parecen conceder que, al menos en su forma “extrema”, la teoría

¹ Hart 1977: 972-978. En el trasfondo de esta celebre charla hartiana, por supuesto, la teoría de la interpretación esbozada en el capítulo séptimo del *Concepto de Derecho* (Hart 2012: 124-154).

² Jori, Pintore 1995: 207; Jori, Pintore 2014: 206.

³ Gianformaggio 1991: 170-171.

escéptica no puede ser sostenida, y que por tanto es menester que el más razonable “escepticismo moderado” separe su camino del radical y desviado escepticismo extremo⁴.

“Irrazonable”, “radical”, “extremo”: los adjetivos con los cuales el escepticismo, por lo menos el “no moderado”⁵, es usualmente representando por *friends and foes* parecen, a fin de cuentas, sugerirnos una inquietante analogía entre los partidarios de dicha postura teórica y predicadores barbudos, con ojos exaltados y un Kalashnikov al alcance de la mano.

No es frecuente encontrar, en cambio, en los debates teóricos sobre interpretación, consideraciones que se atreven a cuestionar dicha representación difundida, y a avanzar la sospecha de que una pintura tan en oscuro pueda revelarse, a la postre, nada más que un espantapájaros.

Afortunadamente, esta sospecha (tan infrecuente como saludable) ha sido formulada, en un reciente y muy relevante artículo⁶, por Pierluigi Chiassoni.

Más precisamente, Chiassoni reconstruye el núcleo del “escepticismo radical” en tres tesis, que ponen en tela de juicio algunos de los aspectos centrales del mencionado espantapájaros. Según la *communis opinio*, en efecto, unos de los rasgos más extremos del escepticismo extremo, sería su afirmación de que «no existe algún significado antes de la interpretación»⁷.

Al respecto, Chiassoni destaca que, en realidad, el escepticismo radical afirma que: (i) «las formulaciones normativas, en relación con todo proceso judicial en el cual cabe aplicarlas, *no tienen ningún significado jurídico vinculante para las partes* antes de la interpretación adoptada por el juez al dictar su sentencia; lo cual no implica que ellas no tengan ningún significado *en absoluto* antes de la interpretación [...]»⁸.

De allí se sigue que: (ii) la determinación del significado jurídico vinculante de un texto normativo operada por el juez es no ya una actividad de conocimiento, sino volitiva y discrecional⁹.

Al respecto, cabe destacar que, contrariamente a otro rasgo que se suele atribuir al espantapájaros antes mencionado, (iii), según el “escepticismo extremo” la discrecionalidad judicial no es absoluta, sino que se encuentra delimitada «por factores psicológicos, sociológicos, políticos y también jurídicos [...]» como, por ejemplo, «un aparato de conceptos y métodos de razonamiento compartidos al interior de la comunidad jurídica [...]»¹⁰.

⁴ Guastini 2011: 413-415; 424-427.

⁵ Cabe destacar, al respecto, que hay quien opina que el escepticismo moderado, lejos de ponerse a salvo, vendría de tal forma a colocarse en una postura inestable, siempre en riesgo de derribarse en el abismo del escepticismo extremo: véase Rodríguez 2023: 63.

⁶ Chiassoni 2023.

⁷ Rodríguez 2023: 57; Guastini 2011: 413-415.

⁸ Chiassoni 2023: 135. Véase también Guastini 2011: 414, n. 23.

⁹ Chiassoni 2023: 135.

¹⁰ Chiassoni 2023: 135.

Como puede verse, así reconstruido, el escepticismo “extremo” no parece tener nada de especialmente extremo: por el contrario, parece ser extremadamente plausible y tener mucho de interesante y útil que aportar para la comprensión de la interpretación jurídica.

Una vez que nos hemos deshecho de este espantapájaros, podemos ponernos a investigar dicha postura teórica con mirada (finalmente) libre de gafas distorsionadoras.

Lo que pretendo hacer, en este artículo, es precisamente dar comienzo a ese examen, reconstruyendo y analizando algunas tesis que han sido desarrolladas, en el marco del realismo estadounidense¹¹, por varios autores que, a pesar de sus diferencias y especificidades, compartían el núcleo teórico reconstruido por Chiassoni.

Me concentraré, en particular, en algunas tesis sobre interpretación jurídica (y, especialmente, judicial) formuladas por 2) John Chipman Gray¹², 3) Felix S. Cohen y Karl N. Llewellyn y 4) Jerome Frank (quien se suele usualmente considerar el auténtico “jeque del terror” del escepticismo radical)¹³.

Unos de los puntos que intentaré subrayar con mayor énfasis es que la postura escéptica, lejos de pasar por alto fenómenos como la concordancia interpretativa, es la que mejor da cuenta tanto de los acuerdos como de los desacuerdos entre los intérpretes, tanto de las persistencias como de los cambios en las interpretaciones.

Asimismo, quiero destacar que, a pesar de su estructura *prima facie* reconstrutiva, este trabajo pretende tener un enfoque más de teoría que de historia del pensamiento filosófico-jurídico¹⁴.

Por este motivo, más que analizar en detalle las obras de dichos autores, el contexto en el que se han desarrollado y las influencias que las han alimentadas, me concentraré en algunos elementos específicos de sus contribuciones teóricas y que, como intentaré mostrar, pueden realizar grandes aportes al (re)introducirse en el debate contemporáneo¹⁵.

Mi intento es el de utilizar estos elementos como componentes para (re)construir una teoría de la interpretación que preferiría calificar de “escéptica” a secas, sin adjetivos que pretendan graduar su intensidad¹⁶.

¹¹ Dejaré entonces a lado un destacado exponente contemporáneo del escepticismo radical como Michel Troper: véase, para una eficaz presentación de su postura, Troper 1999. En la (muy vasta) literatura sobre realismo jurídico americano, véase por lo menos Tarello 1962, Summers 1982, Twining 2012 (especialmente, a las pp. 3-83) y Leiter 2007.

¹² Un autor que, como oportunamente lo destaca Chiassoni, es usualmente considerado adoptar posturas de escepticismo radical: véase Chiassoni 2023: 135, n. 26. Véase también Guastini 2011: 302, n. 30.

¹³ Y cuya postura, como veremos, puede empero reconducirse en el marco identificado por las tres tesis mencionadas, aunque si con notables especificidades que voy a precisar más adelante.

¹⁴ Desarrollando así algunas valiosas sugerencias formuladas por José Juan Moreso, que quisiera agradecer.

¹⁵ En este sentido, utilizaré algunas de las ideas elaboradas por los autores que examino para criticar tesis formuladas por destacados protagonistas del debate actual, como Jorge L. Rodríguez y Gerald J. Postema.

¹⁶ Una tarea, por supuesto, que no me ilusiono poder llevar a cabo en el breve espacio de este

Como bien decía un importante estudioso de la obra de Hume, Flavio Baroncelli, el escepticismo no es como una bebida a la cual se puede añadir más o menos azúcar; el escepticismo no puede moderarse: como mucho, del escepticismo uno solo puede consolarse¹⁷.

1. *Las palabras del obispo Hoadley. John Chipman Gray sobre la interpretación de los textos legislativos.*

En la literatura sobre el realismo jurídico americano, es usual ver incluido a John Chipman Gray entre los precursores de dicha corriente¹⁸. Sin embargo, no faltan trabajos relevantes que, por el contrario, enfatizan los aspectos de su pensamiento que más bien se enmarcarían en el así llamado *classical legal thought*¹⁹.

No me detendré, aquí, en analizar el problema (muy interesante y para nada sencillo) de como clasificar la obra de Gray. Me limitaré a decir que se trata de un autor bien peculiar, que podría legítimamente definirse, para utilizar un lenguaje decididamente acientífico, como “un bicho raro”: un Austiniano heterodoxo, en vilo entre clasicismo langdelliano y (proto)realismo holmesiano.

Sin embargo, no cabe duda de que muy a menudo los realistas americanos han hecho referencia a Gray como a uno de sus antecesores más destacados, haciendo hincapié en la teoría de la interpretación judicial formulada en *The Nature and Sources of the Law*²⁰ (1909, 1921).

Como su mismo título sugiere, la obra propone una distinción tajante entre “derecho” y “fuentes del derecho”. Entre estas últimas, Gray menciona textos legislativos (*statutes*), precedentes judiciales, opiniones doctrinales, costumbres, principios morales (inclusive principios de *public policy*)²¹.

artículo, que representa nada más que una primera y muy parcial aproximación a este (ambicioso) objetivo.

¹⁷ Quisiera agradecer a Paolo Comanducci por haber compartido conmigo un interesante intercambio de correos electrónicos (de los primeros años 2000) sobre escepticismo e interpretación entre él, Riccardo Guastini, Mauro Barberis y Flavio Baroncelli, en el que encontramos estas consideraciones formuladas por el propio Baroncelli: «Mi chiedo [...] come sia possibile “moderare” lo scetticismo. Lo scetticismo non è come mettere un po’ di zucchero o tanto zucchero. Dello scetticismo ci si consola, al massimo. Gli storici che hanno inventato lo scetticismo moderato di Hume volevano solo consolarsi. Tenderei a pensare che o uno è formalista [...] o è scettico. Poi, tra gli scettici, ci sono quelli che amano rammentare quanto spesso ci sia quel concordare che soddisfa l’anima e dà perfino un senso di verità, e quelli che invece, cattivi, dicono: sai cosa è successo? Semplicemente che tu sei d’accordo con l’interprete ufficiale, e allora dici che per natura l’interpretazione era quella. Sicché hai davvero in cuore un “doveva interpretare così” che è valutativo, anche se a te piacerebbe che fosse lì per descrivere una qualche necessità naturale».

¹⁸ Al respecto, véase Postema 2011: 84-88, así como las matizadas y cautelosas consideraciones de Twining 2014: 20-22.

¹⁹ Así opina Siegel 2001.

²⁰ Gray 2012.

²¹ Gray 2012: 66. Para un examen detallado de cada fuente, véase Gray 2012: 152-308.

En cuanto al derecho, este se define como *the rules laid down by the judges*²² al interpretar dichas fuentes para decidir los casos. A los fines de este trabajo, me limitaré a tomar en consideración solo la primera de las fuentes mencionadas, es decir los textos legislativos.

La justificación de esta elección, entre otras cosas, es que allí se encuentran algunas observaciones de Gray cuya formulación ha sido utilizada para construir el espantapájaros del “escepticismo extremo”.

De hecho, Gray afirma a menudo, que, al fin y al cabo, el legislador produce *only words*, o que el texto legislativo se compone de *dead words*. Pero, lejos de encontrar aquí la pistola humeante del “escepticismo extremo” irracional e insostenible que, como se ha visto, se pretendería detectar en estas líneas, una lectura atenta y sin prisa de estas páginas permite darse cuenta de que Gray no está diciendo que los textos legislativos serían meramente “entidades sintácticas”²³.

Por el contrario, Gray está formulando una observación más interesante: los textos legislativos (y las fuentes del derecho en general) no operan autónomamente, esto es, no se auto-interpretan y no se auto-atribuyen significado, sino que, «it is for the courts to say what those texts mean»²⁴, insuflando vida en las “muertas palabras” del texto²⁵.

Dejando de la lado las metáforas (Gray no le tiene mucha paciencia), «the shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the courts»²⁶.

Gray insiste sobre la falta de “auto-interpretatividad” de los textos legislativos en un pasaje mencionado también por Chiassoni²⁷ y que merece ser citado extensamente:

It may be urged that [...] statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded merely as fountains from which the courts derive their own rules. Such a view is very common in the books. And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret

²² Gray 2012: 61; Gray 2012: 45.

²³ Tal como, según Rodríguez, el escepticismo extremo sostendría.

²⁴ Gray 2012: 67.

²⁵ Para enfatizar esta consideración central de su análisis, Gray cita frecuentemente, a lo largo del texto, las palabras del obispo Hoadley: «[...] whoever hath an *absoulte authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is he who truly is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them» (Gray 2012: 67). Es interesante destacar que, contrariamente a lo que opinan los críticos de la postura escéptica, el enfoque no es aquí sobre el *texto* y sus características, sino más bien sobre el *juez*, al que el sistema jurídico le asigna la autoridad de interpretarlo, es decir de determinar su significado. El escepticismo interpretativo, Gray parece sugerirnos, no es sino un comentario a este simple hecho.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Chiassoni 2023: 135, n. 26.

themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and no other meaning, that they are imposed upon the community as Law.* [...]»²⁸

En este sentido, Gray describe y analiza el hecho de que tribunales diferentes han atribuido, y atribuyen, significados muy diferentes (e incluso incompatibles) a los mismos textos legislativos²⁹.

Sin embargo, el punto más relevante, aquí, es que la determinación del significado por parte de los jueces no es un proceso mecánico, automático y puramente cognitivo, sino se trata más bien (y en cada paso) de un proceso discrecional, volitivo, en el que siempre están involucradas elecciones y decisiones (tanto metodológicas como ideológicas).

Al respecto, véase este pasaje bastante esclarecedor:

A statute is the expressed will of the legislative organ of a society; but until the dealers in psychic forces succeed in making of thought transference a working controllable force (and the psychic transference of the thought of an artificial body must stagger the most advanced of the ghost hunters), the will of the legislature has to be expressed [...] by causing black marks to be impressed on white paper. [...] A judge puts before himself the printed page of the statute book; it is mirrored on the retina of his eye and from this impression he has to reproduce the thought of the law-giving body. The process is far from being merely mechanical: it is obvious how the character of the judge and the cast of his mind must affect the operation [...]»³⁰.

Como fue mencionado antes, ninguna operación interpretativa que el juez lleve a cabo posee un carácter automático y mecánico. Ninguna: tanto la elección de que darse con la interpretación literal *prima facie* como la de proceder con una interpretación extensiva, tanto el optar por conformarse con una interpretación consolidada en la cultura jurídica de referencia como el adoptar un significado fuera del marco de las opciones aceptadas en dicha cultura jurídica.

Todas estas son, justamente, *elecciones y decisiones* realizadas por el intérprete con base en su ideología de referencia, su formación, su mayor o menor propensión a desafiar el consenso interpretativo, y, también, su psicología individual³¹.

²⁸ Gray 2012: 92.

²⁹ Gray 2012: 98-99.

³⁰ Gray 2012: 92-93. Obviamente, y como Gray no tarda en esclarecer, la “intención del legislador” que el intérprete pretende buscar es muy a menudo una manifiesta ficción. Para un análisis del argumento de la interpretación del legislador en el realismo contemporáneo, véase Guastini 2011: 272-276.

³¹ Es interesante, en este sentido, la referencia al *cast of the mind* del juez que Gray hace. En efecto, el tema de factores que estructuran y delimitan la discrecionalidad judicial, como lo veremos en los próximos párrafos, en el marco del realismo americano, se puede detectar una demarcación entre quienes enfatizan la relevancia de los *constraints* institucionales, ideológicos y socioculturales (como Cohen y Llewellyn) y

Es interesante destacar que, en el debate contemporáneo, es muy frecuente encontrar argumentos que consideran como una mera trivialidad el énfasis en el carácter decisorio de toda operación interpretativa llevada a cabo por el juez (incluso la que sea conforme a un consenso interpretativo dominante)³². Se argumenta de esta manera: la función de los jueces consiste precisamente en la toma de decisiones. Por tanto, no habría nada relevante en señalar que incluso una decisión conformista es una decisión, ya que por definición sería así. Lo único importante sería esclarecer «si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales»³³.

Al respecto, cabe destacar que una línea argumentativa como esta parece subestimar por completo el alcance de las tesis escépticas (mencionadas anteriormente) sobre la no “auto-interpretatividad” de los textos legislativos y sobre el carácter discrecional de la interpretación judicial.

En este sentido, es importante subrayar una vez más que los textos legislativos no nos brindan nada *sino por medio de la decisión y elección del intérprete*.

Las “pautas de corrección” no se imponen por sí mismas a la conciencia del intérprete (un fenómeno paranormal sobre el cual se apuntarían las ironías corrosivas de Gray). Por el contrario, dependen de su compromiso con una cierta ideología de la interpretación³⁴, con una cierta concepción del papel del juez y con una cierta concepción de la separación de los poderes. Varios factores influyen en este compromiso: entre otros, la formación del juez, sus propensiones ético-políticas y, *last but not least*, su psicología individual.

Esta es la razón por la cual Gray insiste en el hecho de que los vínculos que delimitan la discrecionalidad judicial (en su perspectiva, principalmente vínculos de carácter institucional y político-sociológicos³⁵) son indefinidos: en cierta medida, estos dependen también de la manera en que los propios jueces interpretan y configuran su propio papel³⁶.

quienes (como Frank) insisten en cambio sobre el peso de la psicología individual del juez. El propio Frank, sin embargo, no falta de reconocer la existencia y cierto grado de influencia de dichos *constraints*.

³² Véase, para limitarse a dos ejemplos llamativos y muy relevantes, Rodríguez 2023: 62 y Postema 2011: 115. Para una crítica realista a la postura de Rodríguez sobre interpretación, véase Comanducci 2022. Sobre las consideraciones de Postema volveré más en detalle en el párrafo 4, hablando de las tesis de Frank.

³³ Rodríguez 2023: 62.

³⁴ Sobre la (fundamental) distinción entre teoría (es decir, un discurso analítico y descriptivo acerca de lo que la interpretación es *de hecho*) e ideología (es decir, un discurso valorativo y/o prescriptivo sobre la interpretación) véase Guastini 2011: 407-408; 433-434.

³⁵ Gray 2012: 65-67. Cabe sin embargo precisar que el examen de dichos vínculos por parte de Gray está lejos de ser exhaustivo y satisfactorio. En la tradición escéptica y realista que en él y Holmes se inspira, sin embargo, el punto ha recibido un tratamiento mucho más claro y detallado, como vamos a ver en el próximo párrafo.

³⁶ Gray 2012: 65.

Lejos de ser trivial, entonces, la insistencia de Gray sobre el carácter decisorio de la interpretación judicial nos permite apreciar la inescapable centralidad y responsabilidad del intérprete en la determinación del significado de las fuentes del derecho.

Los pasajes de Gray citados anteriormente, con su contundente ironía sobre los *ghost hunters*, en mi opinión conservan todavía toda su fuerza de saludable desmitificación.

Como hemos visto, en efecto, la reacción teórica estándar a las tesis que plantean dudas sobre el hecho de que “el significado correcto” brote espontáneamente de los textos legislativos, o que estos mismos brinden pautas de corrección de forma autónoma, suele ser de desconcierto e irritación, como si dichas dudas fuesen una muestra de una propensión lamentable a la exageración, a la irracionalidad y a la obstinación en negar una verdad autoevidente.

Ahora bien, las consideraciones de Gray desvelan la ausencia de la pretendida “auto-evidencia”, y posan su atención crítica en los numerosos puntos oscuros y los aspectos misteriosos, para no decir místicos, que afectan las tesis del cognitivismo interpretativo³⁷ (en todos sus matices y graduaciones).

Las tesis escépticas que Gray esgrime siguen constituyendo, me parece, un desafío formidable que compele a quienes sostienen el cognitivismo interpretativo a esclarecer su propuesta de forma articulada y, en lo posible, sin recurrir a fenómenos paranormales ni a violaciones de la Ley de Hume.

Como bien lo destaca Chiassoni, discutiendo algunas tesis de Rodríguez, la postura cognitivista no se limita a constatar que existen interpretaciones compartidas en la cultura jurídica y reputadas correctas por la mayoría de los intérpretes³⁸. Más bien, la postura cognitivista sugiere que dichas «normas “claras” preexistentes a las decisiones judiciales, *siendo reputadas* jurídicamente correctas por la (gran) mayoría de los juristas, *son* jurídicamente correctas: representan *criterios objetivos de corrección jurídica* de las decisiones judiciales»³⁹.

De tal forma, la tesis cognitivista parece derivar conclusiones valorativas de premisas descriptivas, revelando así un compromiso ideológico oculto con una determinada concepción valorativa de las pautas de corrección de las decisiones judiciales. En relación con este punto, las herramientas escépticas de Gray parecen ofrecer un valioso papel de tornasol para identificar y poner oportunamente en la mesa todo compromiso ideológico oculto y toda toma de partido encubierta en el discurso (pretendidamente) teórico sobre la interpretación judicial.

³⁷ Es decir, la postura teórica según la cual (en las versiones moderadas, por lo menos en algunos casos, “fáciles”, “claros”), la interpretación sería actividad genuinamente cognitiva y no discrecional.

³⁸ Un hecho que, como veremos en el próximo párrafo y diferentemente de lo que opinan Jori y Pintore, los partidarios de la teoría escéptica no solo reconocen, sino explican satisfactoriamente y sin postular místicamente la existencia de textos que brindan por sí mismos su significado “correcto”.

³⁹ Chiassoni 2023: 139. Podría detectarse aquí también una falacia *ad populum*. Agradezco a Giovanni Battista Ratti por sus comentarios sobre este punto.

2. Explicar el consenso de los intérpretes desde la perspectiva escéptica: las propuestas de Cohen y Llewellyn

Como fue mencionado anteriormente, en la literatura teórica sobre interpretación jurídica es usual encontrar afirmaciones de que la postura escéptica, especialmente la “extrema”, no es capaz de dar cuenta de la concordancia interpretativa: esto es, del hecho de que, en una determinada cultura jurídica, se registre la existencia de interpretaciones compartidas (y aceptadas como correctas) por la mayoría de los intérpretes⁴⁰.

Ahora bien, a pesar de esta leyenda ampliamente difundida, en la literatura realista sí pueden encontrarse análisis dedicados precisamente a la explicación de este fenómeno. Dicho fenómeno, como veremos a continuación, lejos de ser una muestra definitiva del hecho de que los textos legislativos brindan automáticamente pautas de corrección, puede más fácilmente identificarse solo después haber descartado ese postulado cognitivista y formalista.

En lo que sigue, reconstruiré algunas tesis elaboradas sobre este punto por dos autores centrales de la tradición realista estadounidense: Felix S. Cohen y Karl N. Llewellyn.

2.1. *Un intrincado complejo de expectativas y predicciones:* Cohen sobre el consenso interpretativo de los jueces

Al escribir, en 1931, una nota editorial⁴¹ sobre el reciente, y ya muy debatido, *Law and the Modern Mind* (1930) de Jerome Frank, Felix S. Cohen ofrecía una demostración muy llamativa del hecho de que, como sostenía Karl N. Llewellyn en algunas páginas famosas publicadas el mismo año, no había ninguna escuela realista que coincidiera por completo en un credo común.

Luego de elogiar el trabajo de Frank como la contribución más estimulante al pensamiento jurídico desde *The Spirit of the Common Law* de Roscoe Pound (publicado en 1921), Cohen observaba que la obra de Frank requería cierta “cocción y marinada” adicional antes de poder ser asimilada provechosamente por un *moderately sensitive legal stomach*⁴².

Dejando a lado esta metáfora *gourmet*, el punto era que, por muy estimulantes e interesantes que fueran, las tesis de Frank, a ojos de Cohen, parecían excesivas en muchos aspectos. Según Cohen, si bien Frank esgrimía excelentes argumentos teóricos para criticar la “extraña mitología” con la que la ciencia jurídica formalista

⁴⁰ A título de ejemplo, véase, como antes mencionado, Jori, Pintore 1995: 207; Jori, Pintore 2014: 206.

⁴¹ Recopilada en Kramer-Cohen 1960: 177-179.

⁴² Kramer-Cohen 1960: 177.

había ocultado durante mucho tiempo la incertidumbre estructural del derecho y la inevitable discrecionalidad judicial, en el plan ideológico-normativo, su libro parecía llegar casi a una apología de la inseguridad jurídica⁴³.

En particular, en opinión de Cohen, al presentar la seguridad jurídica como un ideal dictado por una necesidad infantil (e inconsciente) de seguridad, Frank no había reconocido que esta necesidad era, en cualquier caso, digna de protección jurídica. De hecho, la civilización se basa en un intrincado complejo de expectativas y predicciones, un complicado dispositivo del cual la previsibilidad de las decisiones judiciales constituye una pieza fundamental⁴⁴.

También en el plan (no ideológico-normativo, sino) teórico-descriptivo, Frank parecía no detectar el hecho de que, al investigar de modo empírico las decisiones judiciales, se evidencian patrones (*patterns*) a los cuales las intuiciones judiciales (que Frank tendería a presentar como idiosincráticas) parecen uniformarse.

Como veremos mejor en el próximo párrafo, hay diversas críticas que pueden realizarse a estas consideraciones de Cohen.

En realidad, a lo largo de su obra, Frank ofrece una reconstrucción compleja y detallada de la actividad del juez, caracterizada por la ardua mediación entre los dos objetivos contradictorios que persigue el derecho: garantizar la estabilidad y la seguridad jurídica, por un lado, y promover la adaptación a los cambios de la sociedad, por el otro⁴⁵. En el plan ideológico-normativo, más que empeñado en una apología de la inseguridad jurídica, Frank parece en realidad comprometido con una atención particularista a la justicia del caso individual⁴⁶.

En el plano teórico, asimismo, lejos de caer en un crudo reduccionismo, Frank, como veremos, no deja de señalar que, además de la que propone y explora en su obra, varias explicaciones adicionales de los fenómenos jurídicos que investiga son posibles (e incluso oportunas)⁴⁷.

Debido a los fines de este trabajo, no me detendré en examinar a fondo las discrepancias entre las posiciones de los dos juristas, así como los diferentes modelos de ciencia jurídica que Cohen y Frank tenían en mente, y a los cuales probablemente se remonta la raíz última de sus desacuerdos⁴⁸.

Lo que es importante señalar aquí es que incluso en una de las obras más im-

⁴³ Kramer-Cohen 1960: 178.

⁴⁴ Kramer-Cohen 1960: 178.

⁴⁵ Frank 2009: 33-34. Para una relevante contribución sobre este tema, todavía central en el debate contemporáneo, véase Schauer 2009.

⁴⁶ Frank 2009: 398-399.

⁴⁷ Frank 2009: 281-282.

⁴⁸ Como lo ha mostrado claramente Valeria Marzocco, Frank, en el debate sobre el desarrollo de una ciencia jurídica realista, fue muy crítico con el intento de tomar como modelo el funcionalismo de corte malinowskiano, que Cohen en cambio miró con mucho (aunque crítico) interés (véase Marzocco 2023).

portantes de Cohen⁴⁹, se dedica un énfasis significativo a la crítica de la teoría de la “intuición judicial” (“*hunch*” *theory of law*), avanzada por J. Ch. Hutcheson y el propio Jerome Frank⁵⁰.

Los defensores de esta teoría, en opinión de Cohen, habían tenido el importante mérito de llamar la atención filosófico-jurídica sobre el vasto elemento de incertidumbre presente en la práctica jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo no habían tenido en cuenta la cantidad no menos significativa de uniformidad predecible que se podía detectar en la conducta de los tribunales⁵¹. En cambio, a veces, las posiciones de los partidarios de la teoría de la “intuición judicial” parecían presentar el flanco a la acusación de ofrecer una representación (casi caricaturesca) del derecho como un cúmulo de decisiones judiciales desprovistas de mutuas relaciones, el producto exclusivo de *judicial bellyaches*⁵².

En este sentido, observa Cohen, es cierto que los jueces son seres humanos, como tales, dotados de procesos digestivos y (menos caricaturescamente) de procesos psicológicos que influyen en diferentes medidas en sus decisiones⁵³. Sin embargo, observa Cohen, no debemos olvidar que los jueces son seres humanos que pertenecen a un grupo específico, formados y seleccionados en una práctica que tiene características específicas y que opera dentro de un sistema caracterizado por controles institucionales específicos, que incluyen *appeals, re-hearings, and legislation*⁵⁴.

Por lo tanto, en lugar de realizar análisis psicológico-psicoanalíticos, parece más ventajoso investigar la génesis de las “intuiciones” judiciales teniendo en cuenta, en primer lugar, los factores técnico-institucionales: la formación de los jueces antes mencionada, el estudio de los precedentes y de la doctrina, el impacto de discusiones con los colegas, entre otros. Cabe también destacar la influencia de la opinión pública y del debate público, a través de los medios de comunicación. Apreciar la importancia de este conjunto de factores permite concebir (e investigar) las decisiones judiciales como “intersecciones de fuerzas sociales”⁵⁵.

⁴⁹ Me refiero a *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (1935), que puede consultarse en Kramer-Cohen 1960: 33-76. En conjunción con *The Problems of a Functional Jurisprudence* (1937), que puede consultarse en Kramer-Cohen 1960: 77-94, el trabajo ofrece una detallada exposición del programa realista-funcionalista de Cohen.

⁵⁰ Kramer-Cohen 1960: 69-74. Sobre la “*hunch*” *theory of law*, en particular, Kramer-Cohen 1960: 70-71.

⁵¹ Kramer-Cohen 1960: 70.

⁵² Ibidem. Como lo hemos visto, dicha representación caricaturesca sigue siendo muy popular, en la literatura, no solo en relación con la postura de Frank, sino con toda teoría escéptica.

⁵³ Un ejemplo eficaz de las tesis de Frank que Cohen analiza en los pasajes examinados aquí lo ofrece el capítulo doce de *Law and the Modern Mind*, en el que, examinando la relación entre el proceso judicial y la personalidad del juez, Frank afirma, entre otras cosas, que: «to know the hunch-producers which make the law we must know thoroughly that complicated congeries we loosely call the judge's personality» (Frank 120-119:2009).

⁵⁴ Kramer-Cohen 1960: 70.

⁵⁵ Ibidem.

Por tanto, se trata de analizar, por un lado, los determinantes sociales que han influido en mayor o menor medida en una determinada decisión judicial y, por otro, de formular predicciones sobre los impactos y las consecuencias de la propia decisión. Por ejemplo, para distinguir en una sentencia entre el principio decisorial y los *obiter dicta*, en lugar de dedicarse a análisis conceptualistas y formalistas estériles del razonamiento de los jueces o a exámenes igualmente infructuosos de los hechos del caso, parece mucho más útil formular predicciones sobre la forma en que los tribunales específicos citarán y utilizarán la decisión en cuestión⁵⁶. A diferencia de lo que Frank parecía a veces sugerir⁵⁷, tales predicciones pueden formularse según Cohen con un grado razonable de confianza y, de hecho, permiten desarrollar un programa de investigación alternativo al formalista, que había dominado durante mucho tiempo los estudios jurídicos⁵⁸.

Mientras que la ciencia jurídica formalista tendía a concebir (y estudiar) el “derecho” como un sistema ordenado y completo de derechos y deberes (y, por tanto, a entender las decisiones judiciales como meras deducciones lógicas a partir de principios fijos), una ciencia jurídica plenamente realista analiza el derecho como *proceso social*, un complejo de actividades humanas que contribuyen a dar forma a (y, a su vez, son moldeadas por) las decisiones judiciales⁵⁹.

En esta perspectiva, así, el estudio de las normas, de los conceptos y de los sistemas jurídicos debe entenderse, por lo tanto, como el estudio de las conductas de una pluralidad de actores (jueces, en primer lugar, pero también legisladores, abogados, juristas, funcionarios administrativos, agentes de policía, ciudadanos, etc.).

Por supuesto, Cohen no pasaba por alto el hecho de que este ambicioso programa estaba lejos de realizarse de forma adecuada. Especialmente en lo que respectaba al estudio de las “fuerzas sociales” que contribuyen a moldear las decisiones judiciales, de hecho, dicho estudio todavía se encontraba «in the stage of guesswork and accidentally collected information»⁶⁰.

En particular, los factores económicos que podían contarse entre los elementos que influían en las decisiones judiciales, contribuyendo a su relativa uniformidad, parecían dignos de un análisis en profundidad y una investigación científica rigurosa. Para limitarnos a algunos ejemplos, parecía necesario investigar adecuadamente la propensión de los jueces al conservadurismo, así como su inclinación a reflejar las tendencias de su propia clase de ingresos en materia social y, más específicamente,

⁵⁶ Sobre la concepción realista de los precedentes, véanse también las consideraciones desarrolladas al respecto por Llewellyn 1996, que vamos a examinar en el próximo párrafo. Para un muy eficaz análisis realista contemporáneo sobre la maleabilidad de los precedentes, véase Ratti 2023.

⁵⁷ La postura de Frank al respecto es quizás más compleja, como veremos en el último apartado del texto.

⁵⁸ Kramer-Cohen 1960: 70-71.

⁵⁹ Kramer-Cohen 1960: 71-72.

⁶⁰ Kramer-Cohen 1960: 72.

el peso de cualquier experiencia previa de consultores jurídicos de intereses específicos en la formación de su concepción del derecho.

No menos digna de atención es otra perspectiva de estudio del comportamiento de los jueces: la de considerarlos *craftsmen* motivados, entre otras cosas, por los ideales técnico-estéticos propios de su profesión y preocupados, así, por ajustarse a ciertos criterios técnico-estéticos. De hecho, en los mismos criterios se fundamentan las evaluaciones que los operadores jurídicos (incluyendo a los juristas académicos) formulan acerca de las decisiones tomadas por los jueces, así como de las argumentaciones esgrimidas para justificarlas⁶¹.

Antes de cerrar esta breve reseña de los factores que, según Cohen, pueden explicar la (relativa) uniformidad de las decisiones judiciales, cabe destacar que consideraciones parecidas han sido desarrolladas, en el debate contemporáneo, por E. W. Thomas⁶². Esta cercanía no sorprende, ya que Thomas hace explícita mención de la vinculación de su propuesta con la de los realistas americanos, de la cual su trabajo pretende ofrecer una actualización y un desarrollo ulterior⁶³.

Ahora bien, Thomas destaca varios factores que, en relación con su formación, la práctica jurídica y el aparato institucional en el que operan, incentivan fuertemente los jueces a conformarse con los precedentes y a seguir las interpretaciones prevalentes⁶⁴.

Al respecto, Thomas distingue entre limitaciones externas y las limitaciones “internalizadas”⁶⁵.

Entre las limitaciones externas, podemos destacar: la posibilidad de revisión por parte de los tribunales superiores, la presión de los demás jueces que componen el mismo tribunal, la necesidad de motivar las decisiones que, por lo tanto, estarán sujetas al escrutinio crítico de otros jueces, de la doctrina y la opinión pública, los condicionamientos derivados de la formación y la experiencia en la práctica jurídica, el peso de los valores predominantes en la sociedad.

Entre las limitaciones “internalizadas”, cabe evidenciar: el autocontrol derivado de la concepción de la función judicial y de la pertenencia a una institución, el peso de las expectativas que revisten el papel institucional del juez, la concepción del

⁶¹ Kramer- Cohen 1960: 72.

⁶² Véase, en particular, Thomas 2005. He descubierto la obra de Thomas gracias a Francesca Poggi, que analiza algunas de sus tesis en su contribución a los volúmenes en homenaje a Paolo Comanducci, que se encuentran en publicación por la editorial Marcial Pons (véase Poggi 2025).

⁶³ «In arguing that judges should adopt a hard realistic approach to judging, I am not advocating a return to the realism of the American Legal Realist movement. But I make that disclaimer without wishing to derogate from the constitutive impact of that movement on jurisprudential theory. A burst of realism was necessary then, just as another injection of more refined realism is necessary now. [...] Realism must therefore be updated. The realism required is the realism of Holmes, Cardozo and Frank rejuvenated and restored to the twentyfirst century» (Thomas 2005: 302-303).

⁶⁴ Thomas 2005: 241-269.

⁶⁵ Thomas 2005: 243-245.

Rule of Law y de la relación entre juez y legislador⁶⁶.

Como veremos ahora, consideraciones parecidas sobre los factores que delimitan y estructuran las decisiones judiciales ya habían sido formuladas por Karl N. Llewellyn.

2.2. Factores estabilizadores. Llewellyn sobre la predictibilidad de las decisiones de los Tribunales de Apelaciones de Estados Unidos

Siempre en relación con la (pretendida) incapacidad de las teorías escépticas y realistas de dar cuenta de la existencia de interpretaciones estables y predecibles, es interesante destacar que una de las principales obras de K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*⁶⁷ (1960) -dedicada a un amplio estudio de las decisiones de los tribunales de apelaciones (tanto estatales como federales) del sistema jurídico estadounidense- desde las páginas introductorias destaca la cuestión de la predictibilidad de las decisiones judiciales⁶⁸.

Es más: Llewellyn subraya que el (ambicioso) objetivo de su estudio no es tanto la predictibilidad “a gran escala” (entendida como mera regularidad estadística), sino, sobre todo, la predictibilidad que más interesa a los abogados y a la práctica jurídica, así como a los ciudadanos: la predictibilidad de la decisión individual, del caso concreto discutido *on Thursday next*⁶⁹.

Evidentemente, se trata de un deseo imposible de satisfacer, pues el hecho mismo de que existan tribunales de apelación implica la existencia de indeterminación y duda, de casos en los que juristas expertos sustentan resultados discrepantes. Sin embargo, Llewellyn enfatiza enérgicamente que el derecho, *this amazing institution*, es capaz de satisfacer esta necesidad en gran medida⁷⁰. Se trata de un hecho sumamente relevante, que por tanto debe ser objeto de un examen cuidadoso desde una perspectiva realista de análisis de los fenómenos jurídicos.

Lo más importante para Llewellyn es abandonar una contraposición que no duda en calificar de inútil y engañosa: es decir, la que opone una concepción (formalista) de la seguridad jurídica - entendida como completa y absoluta previsibilidad de las decisiones judiciales - a cualquier otro tipo de escenario, invariablemente calificado como “incertidumbre” sin distinciones ni gradaciones⁷¹.

De hecho, al examinar más detenidamente la práctica jurídica, resulta que no

⁶⁶ Thomas 2005: 249.

⁶⁷ Para un examen de la obra en el marco de la producción teórica de Llewellyn, véase Twining 2014: 203-269.

⁶⁸ Llewellyn 1996: 6-7.

⁶⁹ Llewellyn 1996: 6.

⁷⁰ Llewellyn 1996: 7.

⁷¹ Llewellyn 1996: 17.

existe ningún ámbito en el que se pueda encontrar una certeza así de absoluta de los resultados de las decisiones judiciales, sino más bien una amplia gama de *degrees of lessening uncertainty*⁷². En este sentido, dicho examen, destaca Llewellyn, permite evidenciar *clusters of factors* que, oportunamente analizados, pueden dar cuenta (al menos, limitadamente a los tribunales de apelación) del nivel significativo, y generalmente ignorado, de predictibilidad de las decisiones judiciales, incluso en el sentido, como se mencionó, de la predictibilidad de una decisión judicial específica⁷³.

Puede ser útil observar aquí que el malentendido destacado por Llewellyn ha demostrado ser bastante resistente a la refutación y, de hecho, continúa resurgiendo periódicamente en la literatura sobre el realismo jurídico estadounidense. No es difícil encontrar críticas según las cuales los realistas, con su énfasis en los factores de predictibilidad y uniformidad de las decisiones judiciales, efectivamente reintroducirían por la ventana del edificio de la jurisprudencia elementos del formalismo y la jurisprudencia mecánica que habían expulsado triunfalmente por la puerta principal⁷⁴. Sin embargo, es fácil ver que estas consideraciones no dan en el blanco.

La crítica del formalismo por parte de los realistas estadounidenses se dirigía, en palabras del propio Llewellyn, a la concepción según la cual la actividad de los jueces, al decidir un caso, consistía en la mera actividad de “descubrir” la “única respuesta correcta” presente en las fuentes normativas (recopilaciones de precedentes, textos legislativos, textos constitucionales) y, por tanto, sujeta a cierta predicción por parte de cualquier jurista competente⁷⁵.

Sin embargo, esta concepción formalista de la predictibilidad de las decisiones judiciales no es la única posible y así, insistir en la predictibilidad de las decisiones judiciales no implica de ninguna forma volver a caer en un paradigma formalista. De hecho, lo que encontramos en las páginas de Llewellyn es un sofisticado análisis teórico que, tomando como punto de partida el reconocimiento de la indeterminación radical de las fuentes jurídicas⁷⁶ y de las múltiples alternativas interpretativas que siempre están al alcance del juez⁷⁷, detecta los elementos que afectan las actividades de los jueces en diversos grados, orientando sus elecciones.

Una vez identificados, estos factores permiten predecir las decisiones con cierto

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Un ejemplo muy elocuente se encuentra en Duxbury 1995: 131: «The assumption that it may be possible to predict future legal decisions with considerable, if not quite total, accuracy is hardly less formalist – is hardly less supportive of so-called slot machine justice – than the basic Langdellian belief that legal doctrine is reducible to a handful of common law principles which may be applied uncontroversially to future legal disputes».

⁷⁵ Llewellyn 1996: 24.

⁷⁶ Véase, en este sentido, el detallado análisis de la panoplia de técnicas utilizadas por los jueces en la interpretación de los precedentes, en Llewellyn 1996: 62-120. Para consideraciones parecidas en el debate contemporáneo, véase el ya mencionado Ratti 2023.

⁷⁷ Llewellyn 1996: 25.

grado de «reckonability equivalent to that of a good business risk»⁷⁸. Aquellos en los que se centra Llewellyn son, como veremos, elementos empíricamente comprobables, contingentes y, como tales, sujetos a cambios (y, cabe destacar, lejos de ser inderrotables, como no deja de subrayar el jurista estadounidense en su examen).

Antes de proceder a catalogar dichos factores y analizar (brevemente) algunos de estos, cabe, sin embargo, detenerse un momento sobre las consideraciones de Llewellyn acerca de las múltiples opciones interpretativas que siempre están al alcance de los jueces, las cuales llevan a resultados diferentes e incluso incompatibles en relación con el mismo caso⁷⁹. Ahora bien, en el debate contemporáneo no faltan críticas a consideraciones semejantes⁸⁰, ya que se trataría de una falacia de generalización inadecuada y no habría ningún argumento *conceptual* que excluya «la posibilidad de que, frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos puedan confluír en una sola [interpretación]»⁸¹.

Como ha sido oportunamente observado⁸², en estas consideraciones parecen solaparse y confundirse niveles deferentes. De hecho, como hemos visto, en una cultura jurídica, algunas interpretaciones -que *metodológicamente* pueden llevarse a cabo- pueden, sin embargo, ser consideradas no admisibles desde el punto de vista de la *ideología* de la interpretación dominante y, más aún, de la *aceptabilidad social*⁸³. Ahora bien, lo que más releva es que las consideraciones críticas aquí re-

⁷⁸ Llewellyn 1996: 18.

⁷⁹ Véase un conocido trabajo sobre las técnicas interpretativas: «In the work of a single opinion-day I have observed 26 different, describable ways in which one of our best state courts handled its own prior cases, repeatedly using three to six different ways within a single opinion. What is important is that all 26 ways (plus a dozen others which happened not to be in use that day) are correct. They represent not “evasion,” but sound use, application and development of precedent. They represent not “departure from,” but sound continuation of, our system of precedent as it has come down to us. The major defect in that system is a mistaken idea which many lawyers have about it-to wit, the idea that the cases themselves and in themselves, plus the correct rules on how to handle cases, provide one single correct answer to a disputed issue of law. In fact the available correct answers are two, three, or ten. The question is: Which of the available correct answers will the court select-and why? For since there is always more than one available correct answer, the court always has to select» (Llewellyn 1950: 396).

⁸⁰ Véase Rodríguez 2023: 61: «La tesis de la ambigüedad metodológica como propiedad universal de las disposiciones es muy fuerte, puesto que significa que, respecto de todo sistema jurídico pasado, de todo sistema jurídico presente y de todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más que un significado. No sé cómo podría probarse esto en toda su extensión, ni tampoco si se asume que su verdad es empírica o analítica. En realidad, esta tesis me parece más bien el resultado de una falacia de generalización inadecuada: en muchos casos, las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no necesariamente vale de forma irrestricta para cualquier formulación normativa».

⁸¹ Rodríguez 2023: 61.

⁸² Chiassoni 2023: 137.

⁸³ Quisiera agradecer a Riccardo Guastini por sus muy útiles comentarios acerca de este punto. También Llewellyn, en efecto, había formulado observaciones parecidas: «The type of distinction or expansion which is always technically available may be psychologically or sociologically unavailable. This may be because of (a) the current tradition of the court or because of (b) the current temper of the court

feridas parecen, también en relación con este punto, subestimar el alcance de las tesis escépticas elaboradas por Llewellyn. En efecto, dichas tesis nos proporcionan un argumento *conceptual* tanto poderoso como infaliblemente pasado por alto por quienes suscriben la perspectiva cognitivista (en sus varios matices).

De hecho, las observaciones de Llewellyn sobre las técnicas interpretativas contrapuestas nos permiten detectar el hecho de que «la caja de herramientas utilizables por los operadores [...] contiene parejas de reglas interpretativas que, debido a su contenido de significado, son aptas para llevar a resultados que *no pueden* coincidir y, en algunos casos, son incluso opuestos. De forma que, por razones conceptuales, *nunca* puede darse una situación en la que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos convergen en apoyar una, una sola, y la misma interpretación producto»⁸⁴.

or because of (c) the sense of the situation as the court sees that sense. (There are other possible reasons a-plenty, but these three are the most frequent and commonly the most weighty)» (Llewellyn 1950: 396).

⁸⁴ Chiassoni 2023: 138. Para otras variantes del argumento conceptual, véase Ratti 2022: 292-294. Al respecto, cabe también destacar que, desde una perspectiva escéptica, una diferente estrategia es esgrimida por Paolo Comanducci. Al discutir algunas consideraciones de Rodríguez parecidas a las que estamos aquí considerando, Comanducci observa: «Sostiene Rodríguez que «no existe ningún argumento conceptual...», y probablemente tiene razón: existe al menos un mundo posible donde se da una situación en que los cánones, frente a cierto texto, confluyen necesariamente en una sola interpretación. Pero ese mundo no es lo en que vivimos. Dicho de otra manera, hay argumentos empíricos que respaldan la postura atribuida por Rodríguez al realismo genovés. Como ya dije, la pluralidad de criterios interpretativos, que son un conjunto conflictivo, en unión con la ambigüedad de las disposiciones, siempre puede dar lugar a normas diferentes» (Comanducci 2022: 100). La estrategia adoptada por Comanducci es sin dudas muy eficaz; sin embargo, creo no sea menester conceder el punto “conceptual”. De hecho, el argumento de Rodríguez me parece impreciso. En efecto, un mundo posible en el que, para limitarse a un solo ejemplo, los cánones interpretativos *lex magis dixit quam voluit* y *lex minus dixit quam voluit* convergen en apoyar una, una sola y la misma interpretación producto sería un mundo en el que no valdría la lógica clásica (y que, entonces, podría más bien configurarse como un mundo *imposible*, por lo menos en el sentido de un mundo que, justamente, viola la lógica clásica: véase, al respecto, la muy útil clasificación que se lee en Berto, Jago 2023). Sería entonces necesario, por parte de Rodríguez, precisar que papel cumpliría, en el marco de su esquema argumentativo, la evocación de dicho mundo (im)posible. Críticas al análisis de los cánones interpretativos desarrollada por Llewellyn se leen también en Moreso 2023: 34-35. En particular, Moreso cita favorablemente la tesis de Michael Sinclair según la cual «es un error aplicar el canon sin prestar atención a sus condiciones requeridas de aplicación; es este error el que a menudo produce la apariencia de conflicto entre cánones por lo demás compatibles» (Moreso 2023: 34). Además, «los métodos interpretativos no deben ser concebidos como elementos separados de análisis, deben ser tomados como partes que integran los instrumentos para capturar el significado completo de una oración y, en nuestro caso, el contenido jurídico completo» (Moreso 2023: 34). Al respecto, cabe precisar que las (un tanto misteriosas) “condiciones requeridas de aplicación de cada canon” no se manifiestan de forma automática, sino por el trámite de la evaluación discrecional del interprete que decide si emplear o menos el canon en cuestión. Además, la crítica de Sinclair, al calificar como “aparente” la mayoría de los conflictos entre los cánones, parece involucrar un elemento prescriptivo oculto, según el cual los cánones *deben* ser ordenados jerárquicamente de forma tal de evitar la insurgencia de conflictos. Claro está que dicha operación de ordenar jerárquicamente los cánones depende por completo de la discrecionalidad del interprete. Respecto a la segunda crítica, me parece que la misma también contenga un

En mi opinión, la crítica planteada por Rodríguez parece involucrar casi una *petitio principii*, ya que se desarrolla con base en la asunción (tácita) de que las técnicas interpretativas son herramientas de descubrimiento del significado que, al menos en algunos casos (“fáciles”), es “claro” y “unívoco”⁸⁵. Sin embargo, esto es lo que debe ser probado, y, como hemos visto, el examen de la práctica jurídica no ofrece ningún respaldo a dicha asunción.

Como se ha mencionado anteriormente, de hecho, el cognitivismo (en todas sus varias graduaciones) parece pasar por alto rasgos centrales de la práctica jurídica, como el hecho de que la misma es una práctica conflictiva, y no cooperativa, en la que las partes persiguen intereses contrapuestos, que llevan a diferentes interpretaciones y estrategias argumentativas. Especialmente, además, la perspectiva cognitivista olvida la ausencia de “auto-interpretación” de los textos legislativos, el hecho de que toda operación interpretativa involucra elecciones (incluso la de quedarse con la interpretación *prima facie*), y que ningún caso es “claro” por sí mismo, sino por la decisión del juez que lo interpreta como tal.

Ahora bien, es exactamente con base en estas (acertadas) consideraciones empíricas que es posible investigar los factores que, influyendo sobre las conductas de los jueces, contribuyen a determinar cierta uniformidad en las decisiones judiciales.

En lo que respecta a las decisiones de los tribunales de apelación de Estados Unidos, Llewellyn evidencia catorce “factores de estabilización”⁸⁶. Aquí los expondré brevemente, para luego detenerme con mayor cuidado en algunos de ellos, que considero especialmente relevantes a los fines de este trabajo.

1) El hecho de que los jueces son *law-conditioned officials*, es decir, están condicionados por la formación jurídica y por la experiencia previa en el ejercicio de la práctica jurídica; 2) el peso de la doctrina jurídica; 3) la influencia de los métodos interpretativos aceptados y difundidos en la cultura jurídica de referencia; 4) la responsabilidad (diversamente percibida) de decidir el caso de acuerdo con los criterios de justicia aceptados y difundidos en la sociedad; 5) la influencia de la ideología de la “única respuesta correcta”; 6) la necesidad de motivar la sentencia en una *published opinion*, bajo el control de la comunidad jurídica y de la pública opinión; 7) *a frozen record from below*: el establecimiento de los hechos que ya se ha realiza-

elemento prescriptivo, más que genuinamente descriptivo: los métodos *deben* considerarse como parte del conjunto de los instrumentos “para capturar el significado completo de una oración”. Nuevamente, la reconstrucción del conjunto de los instrumentos interpretativos “para capturar el significado completo de una oración” parece involucrar decisiones sobre la ordenación sistemática y jerárquica de los varios elementos que lo integran. Dichas decisiones, por supuesto, están completamente remitidas a la discrecionalidad del interprete.

⁸⁵ Por lo menos, se evidencia en su postura una (tácita) opción de ideología de la interpretación que prescribe la adopción del método de la interpretación conforme a las convenciones semánticas (generales o jurídicas). Agradezco a Pierluigi Chiassoni por sus comentarios sobre este punto.

⁸⁶ El elenco se encuentra en Llewellyn 1996: 19 y el análisis pormenorizado se encuentra en las páginas 19-51.

do en la *trial court*, reduciendo así una importante fuente de indeterminación; 8) al igual que el punto anterior, la cuestión que se plantea ante el tribunal de apelación es una cuestión delimitada, estructurada y circunscrita por el debate que se lleva a cabo en la *trial court*.

De esta manera, se restringe la competencia decisoria del tribunal, se enfocan y orientan las líneas alternativas propuestas para el razonamiento y la decisión judicial, reduciendo el número de resultados posibles y aumentando la previsibilidad de la decisión. De hecho, una elección limitada a dos alternativas es mucho más predecible que una elección entre múltiples opciones (como Llewellyn icásticamente observa, «betting on a football game is risky, but not as risky as betting on a steeplechase»⁸⁷).

9) Los argumentos esgrimidos por los abogados de las partes que, a paridad de competencia, contribuyen a aumentar la predictibilidad de la decisión, sacando a relucir las cuestiones jurídicas significativas involucradas en el caso, identificando las fuentes relevantes y destacando las consecuencias probables de los diferentes resultados posibles.

10) *Group decision*: el carácter colegiado del tribunal tiende a producir una *net vision* que suaviza y uniformiza las diferentes posturas de los jueces individuales y favorece la continuidad respecto de actuaciones y actitudes anteriores y, al mismo tiempo, la reelaboración de *unrecorded doubts or reservations*⁸⁸.

11) *Judicial honesty and security*: la independencia de los jueces, las garantías institucionales contra amenazas o represalias por sus decisiones, así como las reglas e incentivos institucionales contra la corrupción, también tienen el beneficioso “efecto colateral” de corroborar la previsibilidad de las decisiones, ya que excluyen todas las influencias “ocultas” y difíciles de analizar sobre la actividad judicial (tanto amenazas como intentos de corrupción), destacando al mismo tiempo los principales factores que influyen en la conducta de los jueces (como los analizados por Llewellyn) y permitiendo así su evaluación⁸⁹.

12) *A known bench*: el estudio de las decisiones pasadas del tribunal ante el cual se conocerá el recurso permite reconstruir las técnicas argumentativas principalmente utilizadas, las propensiones interpretativas, y las posiciones ideológico-valorativas en relación con cuestiones específicas⁹⁰. Naturalmente, estas propensiones y posiciones pueden cambiar, a veces con bastante rapidez, debido a la influencia de un juez con particular autoridad (Llewellyn menciona, en este sentido, la incorporación del juez Cardozo en la *New York Court of Appeals*, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York). De todas formas, incluso un proceso de cambio de este tipo

⁸⁷ Llewellyn 1996: 29.

⁸⁸ Llewellyn 1996: 31.

⁸⁹ Llewellyn 1996: 33.

⁹⁰ Llewellyn 1996: 33-34

está registrado en los *published records* de las actividades del tribunal, permitiendo así medir la transición en curso.

13) *The General Period Style*: Un factor adicional de estabilización de las decisiones judiciales de los tribunales de apelación (que se extiende también a otras áreas de la actividad judicial y de la práctica jurídica en general) es, en opinión de Llewellyn, representado por lo que llama *the general period-style*⁹¹. En el análisis de Llewellyn, se trata de un factor cuyo impacto es tan significativo como curiosamente subestimado. Consiste en la *general and pervasive manner* que marca la cultura jurídica (en este caso, estadounidense) en una época concreta, del mismo modo en el que es usual distinguir entre “períodos” de la historia de la arquitectura o de la música. Prevalece, por tanto, un complejo de estilos y técnicas argumentativas predominantes, prioridades ideológico-axiológicas compartidas, propósitos y objetivos generalmente aceptados por los integrantes de la práctica jurídica⁹².

14) Por último, pero no menos importante, el factor estabilizador al que Llewellyn atribuye mayor relevancia: *the judicial professional office*⁹³. La función judicial es una función altamente especializada, estructurada por una serie compleja de presiones institucionales y fuerzas moldeadoras que dan forma a los ideales normativos a los que los jueces tienden a ajustarse al concebir y practicar su papel, y que determinan los criterios que guían su acción.

Dados los límites del presente trabajo, y como había anticipado, procederé ahora a examinar brevemente sólo dos de estos factores: los factores 1) los jueces como *law-conditioned officials* y 5) la influencia de la ideología de la “única respuesta correcta”.

Respecto al factor 1), Llewellyn subraya⁹⁴ que los jueces que se incorporan a los tribunales de apelación son juristas que provienen de una trayectoria de décadas en diversas áreas del derecho y de la práctica jurídica, así como, por supuesto, de una formación previa en reconocidas *law schools*. Este *curriculum* de formación y experiencia profesional ha moldeado profundamente su mentalidad, determinando los aparatos conceptuales a través de los cuales perciben, seleccionan, califican y atribuyen significado a hechos y situaciones.

Por tanto, los jueces en cuestión piensan como juristas, no como ciudadanos comunes y, en particular, piensan como juristas estadounidenses, formados en una cultura jurídica específica, caracterizada por un enfoque técnico-doctrinal particular, por tendencias “estilísticas” peculiares y por determinadas estructuras ideológico-axiológicas, elementos que, adecuadamente reconstruidos y evaluados, permiten predecir las orientaciones interpretativas con un buen grado de precisión.

⁹¹ Llewellyn 1996: 35-45.

⁹² Llewellyn 1996: 35-36.

⁹³ Llewellyn 1996: 46-51.

⁹⁴ Llewellyn 1996: 20-21

Respecto al factor 5), dado el peso -todavía extremadamente relevante- del marco teórico-doctrinal del formalismo en la formación de los juristas estadounidenses, las decisiones judiciales están influenciadas en gran medida por la ideología, que se correlaciona con este marco teórico-doctrinal, según la cual hay (y debe haber) una única respuesta correcta a los casos judiciales⁹⁵. Que se trate de una ideología profundamente arraigada lo demuestra el hecho de que su influencia no se limita a la formulación de la justificación de la decisión, en la motivación, sino a una auténtica *emotional attitude* que incide en el propio proceso de toma de decisiones del juez. De hecho, incluso el juez más experimentado, claramente consciente de las múltiples respuestas alternativas que las fuentes jurídicas permiten, está fuertemente motivado a creer que sólo una de ellas es la correcta⁹⁶. Además, la indeterminación metodológica de las fuentes jurídicas y la multiplicidad de resultados que admiten no implica que no sea posible identificar una o más soluciones que puedan considerarse “mejores” (a la luz, por ejemplo, de ciertos criterios *axiológicos*, o en vista de ciertos propósitos) en comparación con las alternativas; y es, de hecho, precisamente por esta razón que la creencia profundamente arraigada de que sólo debe haber una respuesta correcta puede ejercer una influencia significativa en el proceso de toma de decisiones del juez⁹⁷.

Sin embargo, como prueba adicional del hecho (reiterado varias veces en la obra) de que el análisis de Llewellyn no promete una formalista «conveyor-belt complete predictability»⁹⁸, sino una realista *case by case reckonability*, la influencia de la ideología de la única respuesta correcta es, si se mira más de cerca, ambivalente en lo que respecta a la predictibilidad de las decisiones.

Si bien en los *less troubling cases* puede en efecto actuar como un elemento estabilizador, desalentando la investigación cuidadosa de las alternativas disponibles y favoreciendo la adopción de la solución viable que se presente más inmediatamente al examen de los jueces (aquí la “única respuesta correcta” simplemente coincidiría entonces con “la menos costosa”), la situación es muy diferente en los *really puzzling cases*⁹⁹. En estos, a juicio de Llewellyn, esta ideología terminaría en realidad por disminuir significativamente la predictibilidad de las decisiones, ya que favorecería el ocultamiento de los procesos evaluativos y de las elecciones interpretativas realizadas por el juez, sustrayéndolos así del control y de la crítica pública, así como de el examen de la propia ciencia jurídica.

⁹⁵ Llewellyn 1996: 24-25.

⁹⁶ Llewellyn 1996: 24.

⁹⁷ Llewellyn 1996: 25.

⁹⁸ Llewellyn 1996: 50.

⁹⁹ Llewellyn 1996: 25, n. 17. Por todo lo que se ha dicho antes, no cabe precisar que se trata de casos que, por la peculiaridad de los hechos y/o por los intereses y los valores en juego, ponen particulares desafíos en el nivel *ideológico y cultural* (relativo, es decir, al funcionamiento de la cultura jurídica).

3. *The pivotal factor in law administration. Frank sobre la interpretación judicial*

Como he mencionado al inicio, concluiré esta reseña de (algunos de) los principales elementos para una teoría escéptica de la interpretación elaborados en el ámbito del realismo jurídico americano con el examen de algunas tesis de Jerome Frank, el autor con quien se suele identificar quizás el exponente más exagerado del “escepticismo extremo”¹⁰⁰.

Cabe destacar que, sin lugar a duda, el mismo Frank tiene parte de la responsabilidad de dichas distorsiones: el estilo con el que escribe sus obras -tan polémico, sarcástico y dinámico- es, a la vez, lo que hace que su lectura sea muy agradable y que los malentendidos de sus contenidos sean muy frecuentes.

A los fines del presente trabajo, empezaré mi examen¹⁰¹ por algunas consideraciones del capítulo XVIII de la primera parte de *Law and the Modern Mind*, cuyo llamativo título es *Mechanistic Law; Rules; Discretion, the Ideal Judge*¹⁰².

En esas páginas, en el marco de su ataque sin cuartel al *classical legal thought* y a la reconstrucción tradicional del razonamiento judicial, Frank repasa y repiensa la tradición antiformalista (haciendo hincapié en Gray y Holmes) de la cual el realismo americano tomaba inspiración¹⁰³.

Con respecto a Gray, en particular, Frank muestra gran admiración por su trabajo, que considera un avance fundamental en la crítica del formalismo; al mismo tiempo, sin embargo, le reprocha de haberse todavía quedado enredado en el vocabulario conceptual de la tradición, al seguir hablando de *rules*¹⁰⁴.

Según Frank, habría que dar un paso más adelante en la crítica al formalismo, y deshacerse de la misma noción de *rule*¹⁰⁵, de “norma jurídica” (que considera una noción “casi ficcional”) como elemento central en el discurso teórico sobre derecho e interpretación¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Muy a menudo en la base, como bien lo destaca Brian Bix en su introducción a Frank 2009, de «a half-formed memory of caricatured strange views about judges and judging» (en Frank 2009: xi).

¹⁰¹ Que, es oportuno repetir, no tiene pretensiones de exhaustividad, ni de cuidadosa reconstrucción contextual. Mi objetivo es, más bien, destacar elementos del pensamiento de Frank que no suelen ser siempre adecuadamente considerados en la reconstrucción de su postura y que tienen todavía muchos estímulos que aportar al debate actual sobre interpretación y análisis del razonamiento judicial.

¹⁰² Frank 2009: 127-158.

¹⁰³ Véase, en particular, Frank 2009: 131-141.

¹⁰⁴ Frank 2009: 132-133.

¹⁰⁵ En realidad, como varios pasajes de su obra (véase, por ejemplo, Frank 2009: 141-141), y como más detenidamente se argumenta en la Apéndice II (Frank 2009: 283-306), lo que Frank quiere criticar y abandonar es lo que denomina el *rule-fetichism* del enfoque formalista. Se trataría, entonces, de reformular radicalmente la noción de *authoritative rule*, dejando de concebirla como misteriosa entidad capaz de “auto-aplicarse”. Cabe sin embargo precisar que, debido a su leguaje enfático y polémico, la exposición de las ideas de Frank sobre este (relevante) punto no es siempre uniforme, y registra en efecto algunas oscilaciones.

¹⁰⁶ Frank 2009: 138-142. Es interesante destacar que la crítica al concepto de “norma” y el enfoque

En la perspectiva de Frank, un progreso decisivo en esta dirección habría sido dado por Holmes¹⁰⁷, que, con la útil herramienta del *bad man*, había puesto el énfasis en la predicción de las decisiones judiciales de tribunales específicos. Al *bad man*, de hecho, poco le interesa una entidad misteriosa llamada “derecho del Massachusetts”, sino más bien la previsión de la concreta *decisión* tomada por un *determinado* tribunal, los que se va a ocupar del caso en el que está involucrado¹⁰⁸.

En la lectura que Frank propone, Holmes revisa, refina y potencia la definición de “derecho” dada por Gray¹⁰⁹: «law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of decisions themselves»¹¹⁰. Las *rules* formuladas por otros tribunales son, en efecto, *fuentes* del derecho que tienen que ser interpretadas exactamente como cualquier otra fuente enumerada por Gray: «for, after all, rules are merely words, and those words can get into actions only through decisions»¹¹¹.

Es interesante¹¹² que, al analizar estas consideraciones de Frank, un comentarista contemporáneo con tanta autoridad como Postema se encuentre perplejo¹¹³.

En la opinión de este intérprete destacado, en efecto, Frank estaría utilizando Holmes sin entender adecuadamente las tesis que utiliza¹¹⁴.

Además - así sigue el comentarista- lo que dice parecería, por lo menos a un primer vistazo, ser increíblemente banal: «words need to be acted on»; sin embargo, quizás es posible, con una generosa dosis de caridad interpretativa, observar que «he may have had something deeper and more general in mind»¹¹⁵.

En opinión de Postema, la consideración “más profunda y general” que Frank estaría intentando formular sería que, debido a su carácter universal, la norma nunca puede guiar directamente ninguna acción, que es siempre particular y concreta.

en las efectivas conductas de los operadores jurídicos son los aspectos teóricos- metodológicos del realismo americano que más influyeron, según sus propias palabras, en el desarrollo de la postura teórica de Giovanni Tarello y de la escuela genovesa: véase, al respecto, el muy significativo esbozo de autobiografía intelectual de Tarello publicado en Guastini 1989: 118-119.

¹⁰⁷ Holmes es quizás el principal “héroe jurídico-filosófico” del libro de Frank, encarnando el *fully adult jurist* (así se titula, en efecto, el capítulo a él dedicado: Frank 2009: 270-277). Cabe destacar que, en el plan histórico-reconstructivo, la lectura del pensamiento de Holmes propuesta por Frank podría cuestionarse en varios aspectos, ya que la cercanía entre Holmes y Gray es, bajo varios perfiles, más estrecha y significativa de lo que él sugiere.

¹⁰⁸ Frank 2009: 135.

¹⁰⁹ Y mencionada en el segundo párrafo de este trabajo.

¹¹⁰ Frank 2009: 134.

¹¹¹ Frank 2009: 135.

¹¹² Y muy significativo, según me parece, de la pérdida de sofisticadas herramientas teóricas sobre interpretación que el triunfo de la teoría mixta de Hart ha determinado en mundo anglosajón.

¹¹³ Postema 2011: 115-118.

¹¹⁴ Postema 2011: 115: empezando por «the innocuous premise that rules are by nature *general guides for action*, but, quoting (without understanding) Holmes, Frank concluded that rules are not capable of guiding action, because “rules are merely words and those words can get into action only through decisions».

¹¹⁵ Postema 2011: 115.

Por lo tanto, un ejercicio de juicio práctico se requiere para que la regla general influya sobre las circunstancias particulares de cada acción concreta¹¹⁶.

En esta lectura de Postema podemos ver en acción esa subestimación (que, como en este caso, suele generar graves malentendidos) de las tesis escépticas ya detectada en otros autores del debate contemporáneo. La trivialidad reprochada a los escépticos, se podría decir, está en las gafas, distorsionadas por los sesgos teóricos, con las que sus críticos los leen invariablemente.

Atrapado en el marco de la teoría mixta de la interpretación, Postema parece percibir aquí solamente un problema de interpretación en concreto, de aplicación de una regla general (ya formulada) a circunstancias concretas, y se le escapa por completo que las observaciones de Frank se direccionan también a la interpretación en abstracto, al problema de la *determinación del significado* de las fuentes por parte de los jueces¹¹⁷.

A la luz de lo que se ha dicho en los párrafos anteriores, de hecho, casi no hace falta precisar que, lejos de limitarse a enunciar la banalidad que *words must be acted on*, Frank está aquí, en la línea de Gray, afirmando que ninguna fuente jurídica se auto-atribuye significado, y que, por eso, su significado coincide con la decisión de los jueces que la interpretan¹¹⁸. De hecho, Frank cita con favor una observación formulada por Dewey en su libro *How we think*: «[...] There is no label on any given idea or principle which says automatically: "Use me in this situation" - as the magic cakes of *Alice of Wonderland* were inscribed "Eat me"»¹¹⁹.

Ni las fuentes, ni los hechos "hablan" por sí solos, sino solamente por el trámite de las decisiones que los jueces toman respecto a ellos.

En efecto, en relación con estos asuntos, la reconstrucción del razonamiento judicial elaborada por Frank es más compleja de lo que su comentarista parece dispuesto a reconocer. Frank insiste en el hecho de que, en el proceso decisional del juez, «the determination of the facts and the determination of what rules are to be applied to those facts [...] are usually not separated, but intertwined»¹²⁰.

¹¹⁶ «The rule alone can never direct any action, for action is always particular and concrete. Hence, an exercise of judgment is required to bring the general rule to bear on the particular circumstances of any concrete action. One, perhaps misleading, way of putting this is to say that rules give determinate guidance only with the help of something other than the rule, namely, the exercise of a kind of practical judgment» (Postema 2011:115).

¹¹⁷ Como vamos a ver en seguida, en la reconstrucción del razonamiento judicial que Frank desarrolla, utilizando herramientas deweyianas, estos dos aspectos (interpretación en abstracto y en concreto) son estrechamente vinculadas. Para un claro análisis de la distinción entre interpretación en concreto e interpretación en abstracto, véase Guastini 2011: 15-18.

¹¹⁸ Como afirma Frank, reformulando un pasaje de Gray que antes hemos examinado: «The shape in which rules are imposed on the community is those rules as translated into concrete decisions» (Frank 2009: 135).

¹¹⁹ Frank 2009: 138, n. 7.

¹²⁰ Frank 2009: 144. Frank precisa que la artificial separación de las dos partes del razonamiento judicial es actuada por el juez a la hora de escribir su motivación. Sobre la relevancia de la necesidad de justificar

En este sentido, replantear y reformular las tesis de Gray dejando (o, por lo menos, marginalizando) el concepto de *rule*, permite poner el enfoque, aún más explícitamente, en las decisiones de los jueces, y en la centralidad de los factores psicológicos individuales en la toma de estas.

Por cierto, como lo hemos visto, el mismo Gray destacaba el peso del *cast of mind* del juez en orientar sus elecciones; en la perspectiva de Frank, este elemento tiene sin embargo una relevancia fundamental. De hecho, Frank individua *the pivotal factor in law administration* en la personalidad del juez¹²¹.

Esta consideración conlleva relevantes implicaciones teóricas, que encontramos formuladas de manera muy tajante en los *addenda* a la segunda edición del libro:

«In this book we have sought to indicate that most specific decisions are not predictable and that there is little likelihood that they will ever be foretellable»¹²².

Los *addenda* de las cuales saco esta cita son muy relevantes a los fines de este trabajo, por dos razones.

Primero, están claramente dirigidos a los críticos de la primera edición, y, en particular, a los del “frente de casa”, es decir a los realistas como Cohen que, como antes hemos mencionado, habían discutido precisamente estos aspectos de las tesis de Frank.

Segundo, la declaración citada parece ofrecer un buen argumento a los críticos del “escepticismo extremo” que hemos citado al comienzo: Frank parecería compartir por lo menos algunos rasgos del “espantapájaros” por ellos evocado, al no dar cuenta de la posibilidad de la uniformidad entre los intérpretes.

las decisiones en el razonamiento judicial volveremos a la brevedad. De momento, me limitaré a mencionar que, en el trasfondo de estas consideraciones de Frank sobre el razonamiento judicial, está un conocido artículo de John Dewey, *Logical Method and Law* (1924), que Frank, como muchos autores realistas, conocía y valoraba (véase Frank 2009: Para apreciar esta influencia, véase el paso siguiente: «[...] Thinking actually sets out with a more or less confused situation, which is vague and ambiguous with respect to the indications it supplies, and that the formation of both major premiss and minor proceeds tentatively and correlatively in the course of analysis of this situation and of prior rules. Once acceptable premisses are given-and of course the judge and jury have eventually to do with their becoming accepted-and the conclusion is also given. In strict logic, the conclusion does not follow from premisses; conclusions and premisses are two ways of stating the same thing. Thinking may be defined either as a development of premisses or development of a conclusion; as far as it is one operation it is the other» (Dewey 1924: 567-568)

¹²¹ Frank 2009: 120; 143. En las *trial courts*, especialmente, dicho factor puede captarse en todo su impacto: «so the judge's sympathies and antipathies are likely to be active with respect to the persons of the witness, the attorney and the parties to the suit. His own past may have created plus or minus reactions to women, or blonde women, or men with beards, or Southerners, or Italians, or Englishmen, or plumbers, or ministers, or college graduates, or Democrats. [...] Those memories of the judge [...] may affect the judges's initial hearing of, or subsequential recollection of what the witness said, or the weight or credibility which the judge will attach to the witness's testimony» (Frank 2009: 115).

¹²² Frank 2009: 398.

Sin embargo, es importante no sacar conclusiones apresuradas y seguir leyendo cuidadosamente los *addenda*. En efecto, como vamos a ver, Frank formula respecto a este tema consideraciones bien complejas y matizadas.

En relación con los factores que delimitan la discrecionalidad judicial, contestando a críticas como la que hemos visto planteadas por Cohen, Frank precisa que:

«[...] we are not saying that we believe judges are or can or should be free-willed creatures. Their judgements are and always will be constrained and determined by innumerable factors. Today those factors- economic and many other- are, to an unfortunately large extent, unconscious. Greater awareness of those factors will make it possible for sound intelligence to play a larger part in the process of judging».¹²³

Para los fines de este trabajo, cabe detenerse un momento en los factores que vinculan al juez a los cuales Frank hace alusión. Es interesante destacar que el primero son las *rules*¹²⁴ tradicionales (es decir, las interpretaciones asentadas) y las doctrinas consolidadas en la comunidad jurídica. De hecho, el juez tiene que justificar su decisión, y este deber tiene implicaciones muy importantes, como Frank ya había destacado en el capítulo *Mechanistic Law* antes mencionado. Más precisamente, el juez:

«having tentatively arrived at a conclusion, can check up to see whether such a conclusion, without unfair distortion of the facts, can be linked with the generalized points of view therefore acceptable. If none such are discoverable, he is forced to consider more acutely whether his tentative conclusion is wise, both with respect to the case before him and with respect to possible implications for future cases».¹²⁵

Más allá de interpretaciones y doctrinas consolidadas, como hemos visto, Frank menciona también factores de orden económico, aunque sin detenerse en profundizar el asunto. Sin embargo, interesantes detalles ulteriores, al respecto, se encuen-

¹²³ Frank 2009: 399.

¹²⁴ Ibidem, n. 4.

¹²⁵ Frank 2009: 140-141. Es importante agregar que Frank observa que es en la justificación que la lógica formal cumple *su proper task* en el razonamiento judicial (Frank 2009: 141, n.12). Aquí también se puede evidenciar la influencia del mencionado artículo de Dewey: «It is highly probable that the need of justifying to others conclusions reached and decisions made has been the chief cause of the origin and development of logical operations in the precise sense: generalization, abstraction, regard for consistency of implications. It is quite conceivable that if no one had ever had to account to others for one's decisions, logical operations would never have developed, but men would have continued to use exclusively methods of inarticulate intuition and dumb impression. [...] However this may be, it is certain that in judicial decisions the only alternative to arbitrary dicta which will be accepted by the parties to a controversy only because of the power or prestige of the judge, is rational statement, formulation of grounds and of connecting, or logical, links» (Dewey 568 :1924).

tran en la Apéndice I¹²⁶, en la que se mencionan varias explicaciones adicionales (que integran de la que Frank investiga en su obra)¹²⁷ de la persistencia, en la cultura jurídica, de arraigadas ideologías formalistas. Ahora bien, varias de estas explicaciones apuntan a factores que hemos visto analizados por Cohen y Llewellyn, como el *effect of professional habits*¹²⁸, la frecuente pertenencia de los jueces a la parte más conservadora de la sociedad, los ideales estéticos de *consistency or logical simplicity*¹²⁹, la devoción a la costumbre, el deseo de autopreservación, la inercia o, más sencillamente, la pereza¹³⁰.

Es importante destacar que Frank está muy lejos de subestimar el impacto (al menos parcialmente) uniformador de los mencionados factores sobre la mentalidad y las conductas de los jueces, y, a lo largo del texto, se encuentran páginas muy elocuentes, al respecto¹³¹. Las páginas en cuestión no están en tensión con la afirmación, que hemos citado, según la cual *most specific decisions are not predictable*, ya que, en la misma, se hablaba justamente no solo de tendencias estadísticas de las decisiones judiciales en general, sino de la predictibilidad de *specific decisions*. Como se recordará, Llewellyn consideraba dicha predictibilidad un objetivo alcanzable, por lo menos dentro de los límites de un razonable margen de riesgo, por una investigación realista oportunamente llevada a cabo de los “factores estabilizadores” de las decisiones judiciales.

Frank, en cambio, aunque reconociendo cierta relevancia de esos factores, como hemos visto, desconfía en este proyecto, ya que, en su consideración, el factor que más releva sigue siendo la discrecionalidad del juez, entendida como su peculiar reacción, tramite el filtro de su personalidad, frente a las circunstancias únicas y peculiares del caso específico¹³². Y, de forma algo paradójica, es justamente en sus reflexiones sobre la discrecionalidad judicial que encontramos otra faceta de sus consideraciones sobre la posibilidad de uniformidad en las decisiones judiciales.

¹²⁶ Frank 2009: 282-282.

¹²⁷ Y que, es importante subrayar (ya que frecuentemente se olvida, reprochándole a Frank un crudo reduccionismo), Frank presenta como una *partial explanation*, es decir una distorsión deliberada que pone énfasis sobre un aspecto parcial de un fenómeno, a los fines de la investigación que se está llevando a cabo: véase Frank 2009: 391.

¹²⁸ Frank 2009: 281.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Frank 2009: 282.

¹³¹ Véase el siguiente: «[...] it is perhaps just possible that we could get stereotyped results from our judges by picking stereotyped men for the judicial office. If we were to elect or to appoint to the bench the most narrow-minded and bigoted members of the community, selected for their adherence to certain relatively fixed and simple prejudice, willing to be and to remain ignorant of those niceties of difference between individuals the apprehension of which makes for justice, and insensitive to the rate of social change- we then might have stability in law» (Frank 2009: 143-144). El tono polémico de la página no debe inducir a rubricarla (solo) como hipótesis sarcástica, ya que la misma apunta exactamente a aquellos factores cuyo impacto (potencialmente) unificador será indicado, muy seriamente, en los apéndices.

¹³² Frank 2009: 398.

De hecho, Frank no se limita a reconocer (como todo realista) el hecho de la inescapable indeterminación del derecho y de la discrecionalidad judicial, sino que, abogando por una ideología particularista de la interpretación¹³³, reconoce la deseabilidad de un *moderate amount of uncertainty*¹³⁴ a los fines de las necesidades de justicia de los casos individuales. Ya que los jueces inevitablemente van a ejercer discrecionalidad en la decisión de los casos, lo importante, para Frank, es formar jueces que ejercen dicha discrecionalidad *consciously and skillfully*¹³⁵.

Ahora bien, es muy relevante destacar que jueces así formados en reconocer la indeterminación inherente al derecho y entrenados a utilizar en forma consciente y transparente su propia discrecionalidad podrán, paradójicamente, acrecentar la uniformidad de sus puntos de vista, una uniformidad valiosa y no más determinada por inercia mecanicista:

«In a deeper sense, however, uniformity of point of view among judges is likely to increase to the extent that judges are the more enlightened, the more quick to detect and hold in check their own prejudices, the more alive to the fact that rules and precedents are not their masters but merely agencies to be utilized in the interest of doing justice. The outward semblance of certainty may diminish but the conviction that justice will be done will be more certain when decisions are rendered by such judges as Holmes, Cardozo, Hutcheson, Lehman and Cuthbert Pound»¹³⁶

Por cierto, no quiero disminuir las divergencias, tanto bajo el perfil ideológico como el teórico, entre la postura de Frank y las de Cohen y Llewellyn, que, como se ha eficazmente sostenido¹³⁷, son importantes y remontan a variantes significativas al interior de la corriente realista.

Solo quiero destacar que, en ambos casos, en sus vertientes teórico-metodológicas, se trata de proyectos explícitamente tentativos, y programáticamente sometidos

¹³³ Es decir, una ideología que prescribe «ai giudici di non applicare le norme generali “ciecamente”, ossia senza tener conto delle peculiari circostanze del singolo caso concreto, ma di ricercare invece, per ogni caso loro sottoposto, la soluzione “giusta”: la “giustizia del caso concreto”, appunto, una giustizia *case by case*» (Guastini 444 :2011). Cabe destacar que, contrariamente a lo que las reconstrucciones del espantapájaros suelen a menudo sugerir, no hay ninguna vinculación necesaria entre sostener una *teoría* escéptica de la interpretación jurídica y aceptar una *ideología* interpretativa como la defendida por Frank. Recuérdese la distinción, antes mencionada, entre teoría (un discurso analítico y descriptivo acerca de lo que la interpretación es *de hecho*) e ideología (un discurso valorativo y/o prescriptivo sobre la interpretación).

¹³⁴ Ibidem. Cabe destacar que, como afirma en la misma página, no se le escapan a Frank los varios aspectos negativos que el hecho inescapable de la indeterminación del derecho conlleva. Contrariamente a lo que Frank le reprochaba, entonces, la “apología de la inseguridad” desarrollada por Frank no es absoluta, sino matizada y compleja. Para un análisis crítico de la postura de Frank sobre seguridad jurídica, véase también el clásico Bobbio 1951.

¹³⁵ Frank 2009: 399.

¹³⁶ Frank 2009: 144.

¹³⁷ Véase el ya citado Marzocco 2023.

a la averiguación empírica. Frank manifiesta claramente su desconfianza en el proyecto, avanzado por sus estimados colegas realistas, de acrecentar la predictibilidad por medio de análisis antropológicas, sociológicas, económicas y estadísticas. Sin embargo, Frank remite el juicio sobre el punto a los estudios empíricos, que podrán detectar el efectivo peso de los *constraints* en los que se fijan Cohen y Llewellyn sobre las decisiones judiciales¹³⁸.

De todas formas, a los fines de este trabajo, solo basta con evidenciar que, al reconocer explícitamente la presencia de *constraints*, y al haber explorado la posibilidad de la uniformidad de los puntos de vistas judiciales (tanto en su variante dañina como en la valiosa), incluso Frank se inscribe plenamente en el marco de las tres tesis identificadas por Chiassoni, que hemos mencionado al comienzo.

Entonces, al final del día, los evocadores del espantapájaros “extremista” tendrán que renunciar incluso a la *pièce de résistance* de su repertorio de críticas.

4. Conclusiones: apuntes para una teoría escéptica (a secas) de la interpretación jurídica

Aunque limitado y parcial, este recorrido de algunas tesis sobre discrecionalidad judicial elaboradas por Gray, Cohen, Llewellyn y Frank nos ha permitido, sin embargo, lograr algunos resultados no desprovistos de cualquier utilidad teórica.

En primer lugar, nos ha confirmado que el “escepticismo extremo” tal como sus críticos los reconstruyen se revela, a la prueba de los mismos trabajos en el que debería encontrarse, nada más que un espantapájaros. Dicha postura puede más provechosamente reconstruirse, en su núcleo teórico, por las tesis oportunamente identificadas por Chiassoni que hemos indicado al comienzo.

En segundo lugar, una vez examinadas con mirada libre de distorsiones y prejuicios teóricos, las posturas de los autores que hemos examinado nos ofrecen herramientas teóricas y metodológicas que siguen siendo muy valiosas, a los fines de investigar cuestiones todavía centrales en el debate teórico sobre interpretación, como el crucial asunto de los factores que impactan sobre las decisiones judiciales y de la predictibilidad de estas¹³⁹. También el desafío de Jerome Frank, como hemos visto, apunta a problemas de epistemología jurídica y análisis del razonamiento probatorio que siguen siendo de candente actualidad en el debate contemporáneo¹⁴⁰.

¹³⁸ Véase Frank 2009: 399.

¹³⁹ Además del ya mencionado Thomas 2005, véase, en este sentido, el muy interesante Cotter 2022, que muestra como el proyecto de Llewellyn y su clasificación de los factores puedan servir como base para investigaciones provechosas también en los tribunales de los ordenamientos contemporáneos.

¹⁴⁰ Véase, al respecto, esta llamativa consideración de uno de los más destacados expertos contemporáneos de derecho probatorio: «Jerome Frank dedicó buena parte de sus trabajos a poner de manifiesto la atención insuficiente que tradicionalmente se venía dedicando a los problemas de la prueba de los

Más allá de estos importantes aportes, quiero sin embargo poner aquí el énfasis sobre un aspecto que me parece extremadamente importante para el debate actual.

Como hemos visto, de hecho, con su insistencia sobre la falta de “auto-interpretatividad” de las formulaciones normativas y su enfoque sobre la centralidad en todo proceso interpretativo de la discrecionalidad del intérprete, la tradición escéptica del realismo americano nos permite tematizar un problema que buena parte de la teoría de la interpretación actual parece lamentablemente ignorar. Debido al éxito, ya no solo en el mundo anglosajón, de la teoría hartiana en todos sus varios matices, los problemas interpretativos parecen reducirse a los relativos a la vaguedad, ignorando por completo todos los relativos a la atribución de significado a las formulaciones normativas¹⁴¹. Lejos de aportar, como pretendería, una sabia e ilustrada *medietas* entre extremos poco balanceados, la teoría hartiana ha determinado, en realidad, un significativo empobrecimiento del debate teórico sobre interpretación jurídica¹⁴².

Es entonces menester volver a meditar la tradición realista estadounidense en todos sus varios matices, y recuperar, revisar y desarrollar todo su rico y sofisticado instrumental teórico. Como bien diría Giuseppe Verdi: *torniamo all'antico, sarà un progresso*.

Referencias bibliográficas

- Berto, F., Jago M. (2023). *Impossible Worlds*, «The Stanford Encyclopedia of Philosophy» (Summer 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/impossible-worlds/>.
- Bobbio, N. (1951). *La certezza del diritto è un mito?*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 28/1951: 146-157.
- Chiassoni, P. (2023). *Consideraciones de un equilibrista*, «Analisi e diritto», 2/2023: 117-150.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation Without Truth. A Realistic Enquiry*, Switzerland, Springer Nature.
- Comanducci, P. (2022). *La indeterminación del derecho: una cuestión de grado*, «Analisi e diritto», 1/2022: 97-107.

hechos. Desde la óptica realista que caracterizó su teoría jurídica, puso el acento en las decisiones de los tribunales de primera instancia acerca de los hechos probados. [...] Setenta años después de *Law and the Modern Mind* sigue siendo válida la observación crítica de Frank acerca de la insuficiente atención dedicada a los problemas de la prueba» (Ferrer Beltrán 2005: 15).

¹⁴¹ Como bien los destacan las contundentes críticas de la teoría de Hart llevadas a cabo por Riccardo Guastini (véase en particular Guastini 2011: 427-428).

¹⁴² Empobrecimiento, afortunadamente, contrastado por varios autores que, con diferentes matices, pertenecen al polo escéptico, y en varias medidas hacen referencia también a la tradición realista estadounidense: véase, por limitarnos a algunos ejemplos llamativos, Tarello 1980, Troper 1999, Guastini 2011, Chiassoni 2019, Comanducci 2022, Ratti 2023.

- Cotter, J. (2022). *Legal Certainty in the Preliminary Reference Procedure. The Role of Extra-Legal Steadying Factors*, Cheltenham-Northampton, Elgar Studies in Legal Theory.
- Dewey, J. (1924). *Logical Method and Law*, «The Philosophical Review»: 33/6: 560-572.
- Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford- New York, Clarendon Press.
- Frank, J. (2009). *Law and the Modern Mind* (1930), New Brunswick-London, Transaction Publishers.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Gray, J. Ch. (2012). *The Nature and Sources of the Law* (1909, 1921), New Orleans, Quid Pro Books.
- Gianformaggio, L. (1991). *Realismi giuridici italiani*, in Comanducci, P., Guastini, R. (eds.), «Analisi e Diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica», Torino, Giappichelli, 1991: 159-176.
- Guastini, R. (1989). *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in S. Castignone (editado por) *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1989, 117-131.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, Sibley Lecture Series, «Georgia Law Review», 11/5: 969-989.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law. Third Edition* (1961), Oxford, Oxford University Press.
- Jori, M., Pintore, A. (1995). *Manuale di teoria generale del diritto. II edizione*, Torino, Giappichelli.
- Jori, M., Pintore, A., (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kramer-Cohen, L. (1960). *The Legal Conscience. The Selected Papers of Felix S. Cohen* (edited by Lucy Kramer Cohen), New Haven: Yale University Press.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford- New York, Oxford University Press.
- Llewellyn, K.N. (1996). *The Common Law Tradition. Deciding Appeals* (1960), Buffalo, William S. Hein & Co.
- Llewellyn, K.N. (1950). *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, «Vanderbilt Law Review», 3/3: 395-406.
- Marzocco, V. (2023). *Certainty as a Legal Myth, Uncertainty as a Value. Frank's Doubting Thinking on Democracy*, «Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello», 2/2023: 353-378.

- Moreso, J.J. (2023). *Uma casa portuguesa. Conversando sobre pragmática con Francesca Poggi*, «Analisi e diritto», 1/2023, pp. 25-40.
- Postema, G.J. (2011). *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 11)*, Dordrecht Heidelberg London New York, Springer.
- Poggi, F. (2025). *Meta-teoria e teoria dell'interpretazione giuridica in Paolo Comanducci*, en A. Barca, L. Malagoli, J. Rábanos, N. Scavuzzo (eds), *Assaggi e griglie. Discutendo con Paolo Comanducci. Volume I*, de próxima publicación en Marcial Pons.
- Ratti, G.B. (2022). *Sobre los fundamentos analíticos de la teoría del derecho. Recensión de "Teoría analítica del derecho" de Jorge Luis Rodríguez*, «Discusiones», n. 29, 2/2022, ISSN 2718- 6474 (en línea) - ISSN 1515-7326 (impresa), n.o 29, 2-2022, pp. 273- 298.
- Ratti, G.B. (2023). *La ficción del precedente vinculante*, ponencia presentada en el ámbito del seminario VII *Diálogos Transandinos de Filosofía del Derecho*, Mar Del Plata, Argentina, 14 de diciembre de 2023.
- Rodríguez, J.L. (2023). *La interpretación según Chiassoni: el equilibrio inestable entre cognoscitivismo moderado y escepticismo radical*, «Analisi e diritto», 2/2023: 55-64.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mas.)-London (Eng.), Harvard University Press.
- Siegel, S. A. (2001). *John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought*, «Iowa Law Review», 86/5: 1514-1599.
- Summers, R.S. (1982). *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Twining, W. (2012). *Karl Llewellyn and the Realist Movement. Second Edition* (1973), Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- Thomas, E.W. (2005). *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Troper, M. (1999). *Una teoria realista dell'interpretazione*, «Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello», 2/1999: 473-494.

